

民事诉讼规则在行政诉讼中的运用及其限度

刘连泰

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要:最高人民法院的司法解释规定行政诉讼可以参照民事诉讼规则。只有部分民事诉讼规则在行政诉讼中可以适用,而且其适用有一定的限度,必须经过改造。典型的有管辖异议、财产保全、诉讼代表人制度、执行中的和解。民事诉讼规则无法吞并行政诉讼规则。

关键词:民事诉讼规则; 行政诉讼; 适用; 限度

中图分类号: DF71

文献标识码: A

文章编号: 1007-788X(2009)03-0083-07

民事诉讼法是关于私法诉讼的规则,行政诉讼是关于公法诉讼的规则。公法诉讼的规则和私法诉讼的规则是否可以通用?上个世纪80年代,我国民事诉讼法(试行)中曾规定,行政诉讼适用民事诉讼规则^①。但行政诉讼肯定有不同于民事诉讼的规律,于是,在适用了若干年民事诉讼规则之后,行政诉讼法出台了。我国遂有了三大诉讼法并列的局面。

但《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》打破了这样一个整齐的格局,因为该解释规定行政诉讼可以参照民事诉讼法的有关规定^②。之后,《中华人民共和国民事诉讼法》通过。2000年3月10日,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》出台,该解释第97条规定,“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。”事实上,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》就有强烈的民事诉讼规则的痕迹。有关诉讼法修改的日程正在紧锣密鼓地进行,行政诉讼是否仍然需要单独的规则?民事诉讼的规则能否吞并行政诉讼的规则?有的学者提出用民事诉讼规则包容行政诉讼规则,是否行政诉讼规则和民事诉讼规则“久合必分”之后,又“久分必合”了?行政法学者大声疾呼:行政诉讼有不同的规则^③!民事诉讼和行政诉讼规则之间的关系真应了那句“斩不断,理还乱”的中国古话。民事诉讼的规则究竟在何种程度上可以在行政诉讼中适用?这一追问对于今日诉讼法的修改也许不无裨益。

宏观的叙事于事无补。在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中,管辖异议、共同诉讼代表人制度、财产保全、执行中的和解明显来自于民事诉讼法,因为这些制度在《中华人民共和国行政诉讼法》中根本就没有规定。这些制度在行政诉讼中的适用情形与在民事诉讼中的适用情形是一样的吗?这就是本文力图回答的问题。

一、管辖异议

《民事诉讼法》第38条 人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。

收稿日期:2008-05-12

作者简介:刘连泰(1968-),男,湖南澧县人,厦门大学副教授,法学博士,主要研究方向为宪法学与行政法学。

① 1982年3月8日通过的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第三条规定:“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,必须遵守本法。法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”

② 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》第114条规定:“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法的规定外,对本规定没有规定的,可以参照民事诉讼的有关规定。”

③ 2005年9月底,诉讼法学年会在天津召开。会上,来自苏州大学的杨海坤教授就大声疾呼:民事诉讼的规则不能吞并行政诉讼的规则。

人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

《行政诉讼法》没有规定管辖异议的制度,但《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第10条规定了管辖异议制度。

第10条 当事人提出管辖异议,应当在接到人民法院应诉通知之日起10日内以书面形式提出。

对当事人提出的管辖异议,人民法院应当进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

这两个规定似乎没有太明显的差异,只不过提出管辖异议的期限有所差别——民事诉讼当事人提出管辖异议的期限是15天(因为民事诉讼的答辩期限是15天),而行政诉讼当事人提出管辖意义是期限是10天。但问题并没有这样简单。管辖异议提出的主体究竟是否包括第三人?民事诉讼的一系列规则将这个问题规定得很清楚,但行政诉讼法语焉不详。这就给我们留下了继续追问的空间。解决这个问题显然有两个进路。

第一个进路是对意见的文义解释。我们着眼于该条的第一句,就能得出第三人可以提出管辖异议的结论,因为该条中的当事人应该包括第三人。但这种解释显然不能让人信服——因为民事诉讼规则中,尽管也规定“当事人有权提出管辖异议”,但第三人是没有权利提出管辖异议的。

对该意见的文义解释无法得出前后一致的结论,我们能否援引民事诉讼法规则?这就是解决行政诉讼第三人有无提出管辖异议权利问题的第二种进路。《民事诉讼法》也未对第三人的管辖异议问题作出规定。但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》对此作出了解释。该解释否定了第三人提出管辖异议的权利。

第65条 依照民事诉讼法第五十六条的规定,有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由,成为当事人;无独立请求权的第三人,可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。

第66条 在诉讼中,无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务,判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议,无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。

该意见没有对有独立请求权第三人提出管辖异议的权利作出规定。但有独立请求权第三人无权提出管辖异议,这一点几乎毋庸置疑。因为民事诉讼中有独立请求权的第三人相当于原告的诉讼地位,即以本诉原告和被告为被告的原告,而原告不能提出管辖异议。而且,最高人民法院在1990年7月28日已对这个问题作出了解释。

最高人民法院《关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》

法(经)复[1990]9号

江苏省高级人民法院:

你院苏法(经)[1989]第9号《关于第三人能否对管辖权提出异议的请示》收悉。经研究,答复如下:

一、有独立请求权的第三人主动参加他人已开始的诉讼,应视为承认和接受了受诉法院的管辖,因而不发生对管辖权提出异议的问题;如果是受诉法院依职权通知他参加诉讼,则他有权选择是以有独立请求权的第三人的身份参加诉讼,还是以原告身份向其他有管辖权的法院另行起诉。

二、无独立请求权的第三人参加他人已开始的诉讼,是通过支持一方当事人的主张,维护自己的利益。由于他在诉讼中始终辅助一方当事人,并以一方当事人的主张为转移。所以,他无权对受诉法院的管辖权提出异议。

我们能否这样推演:因为民事诉讼中的第三人无权提出管辖异议,而行政诉讼中,人民法院可以参照民事诉讼的规定,因此,行政诉讼的第三人也无权提出管辖异议。这事实上涉及到这样一个问题:民事诉讼中的第三人与行政诉讼中的第三人是否可以通约?仔细比较这两个概念,我们发现有很大的区别。这种区别并不是笼统地说:民事诉讼的第三人是私法诉讼的第三人,而行政诉讼的第三人是公法诉讼的第三人。

行政诉讼中不可能出现有独立请求权的第三人,即同时不同意原告诉讼请求和被告诉讼请求的第三人。因为行政诉讼涉及到的一个最核心的问题是:具体行政行为是否合法?对此问题的判断只有两种可能——

合法或者不合法,不可能有第三种情形。因此,无独立请求权第三人提出管辖异议的问题已经被消解了。

行政诉讼中无独立请求权的第三人与民事诉讼中无独立请求权的第三人有无区别呢?区别应该是明显的——民事诉讼中无独立请求权的第三人地位是恒定的,依附于原告或者被告。但行政诉讼中的第三人地位是不恒定的,原告和被告有时可以转化为第三人,第三人也可以转化为原告和被告。

1. 第三人转化为原告的情形: 行政复议的第三人可以提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第13条规定:“有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼:……(二)与被诉的行政复议决定有法律上的利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的……”。

2. 原告转化第三人的情形: 受到一个行政行为影响的利害关系人,一部分起诉,而另一部分不起诉的,人民法院通知没有起诉的部分当事人为第三人。《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第14条规定:“行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。”

3. 被告转化为第三人的情形: 一个行政行为由几个机关共同作出,原告只起诉其中的部分行政机关,人民法院可以要求原告追加被告。原告不同意追加的,由人民法院通知作为第三人起诉。《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第23条第2款规定:“应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。”从这里我们可以看出,行政诉讼中的第三人与原告、被告的边界是流动的。我们从行政诉讼法关于原告和第三人的表述中就可以看出这种边界的流动性,无论是原告还是第三人,都表达为“与具体行政行为有利害关系”。我们可以把行政诉讼中的第三人进一步分解为“本来的第三人”和“转化的第三人”。转化的第三人又可以进一步分解为由原告转化而成的第三人和由被告转化而成的第三人。在民事诉讼中,没有参加共同诉讼的原告和被告,人民法院也可以通知参加诉讼,但他们的诉讼地位永远不会变为第三人。

《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的解释》第57条必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十九条的规定,通知其参加;当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请,应当进行审查,申请无理的,裁定驳回;申请有理的,书面通知被追加的当事人参加诉讼。第58条人民法院追加共同诉讼的当事人时,应通知其他当事人。应当追加的原告,已明确表示放弃实体权利的,可不予追加;既不愿意参加诉讼,又不放弃实体权利的,仍追加为共同原告,其不参加诉讼,不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

因为民事诉讼中的第三人和原告、被告之间不能相互转化,民事诉讼中无独立请求权的第三人不能享有和原告、被告同样的诉讼权利。但由于行政诉讼中第三人和原告、被告的边界是流动的,因此,第三人理应该享有和原告、被告同样的诉讼权利。这样,我们就可以将第三人提出管辖异议的问题分解为三种情形:

1. 本来的第三人,我们可以参照民事诉讼的规则,无权提出管辖异议; 2. 由原告转化而来的第三人,无权提出管辖异议——人民法院通知他参与诉讼时,如对管辖有异议,可以向他认为有管辖权的法院起诉; 3. 由被告转化来的第三人,有权提出管辖异议。

二、财产保全

我国民事诉讼法用两条的篇幅规定了财产保全。

第92条第1款 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。

第93条第1款 利害关系人因情况紧急,不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保,不提供担保的,驳回申请。

行政诉讼法没有规定财产保全,但《最高人民法院关于执行中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释》第48条规定了财产保全制度。

第48条 人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因,可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人

民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。

从《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第48条的内容来看,含有明显的民事诉讼财产保全制度的痕迹。是民事财产保全制度在行政诉讼中的一个变形。那么,民事诉讼中的财产保全究竟在行政诉讼中能够适用到什么限度呢?

对民事诉讼财产保全制度的扩张:从民事诉讼单向的财产保全到行政诉讼双向的财产保全。在民事诉讼中,尽管没有明确规定申请财产保全的当事人范围,但就民事诉讼的规律来看,应该是原告或者与原告诉讼地位相当的当事人申请人民法院对被告或者与被告诉讼地位相当的当事人财产采取保全措施。因为财产保全的根本目的是保证将来人民法院作出的有给付内容的判决能够得到执行。如果被告要求原告给付,那就应该提起反诉。因此,在民事诉讼中,总是原告或与原告诉讼地位相当的当事人申请人民法院对被告或者与被告诉讼地位相当的当事人采取财产保全措施,这是一种单向的财产保全制度。而在行政诉讼中,由于财产保全的目的是保证“具体行政行为或者人民法院生效裁判”将来的顺利执行,因此,行政诉讼的被告也可申请财产保全,这是一种双向的财产保全。

而且,如果我们进一步从财产保全的前提,即“必要性”出发,我们会发现,被告申请财产保全的可能性比原告申请财产保全的可能性更大。因为行政诉讼中的被告是行政主体,履行人民法院含有财产给付内容判决的能力不容质疑;行政主体的经费来源是财政拨款,而且国家赔偿的费用列入单独的财政预算,行政主体实际上是用国库资产履行含有财产给付内容的生效裁判^④。正是在这个意义上,有的学者主张没有必要对行政诉讼中的被告采取财产保全措施。如果这种观点成立,则行政诉讼中的财产保全就完全演变为与民事诉讼财产保全反向的制度,即被告对原告的防御手段^⑤。当然,提出这种观点的学者显然没有注意到另外一个事实:从民法的角度看,财产可以分为种类物和特定物。如果行政主体对没收的原告特定物采取销毁、拍卖等措施,显然有可能使法院的判决将来无法执行。当然,如果行政主体对行政行为的执行尚未开始,原告或者与原告诉讼地位相当的当事人可以申请人民法院根据《行政诉讼法》第44条裁定停止行政行为的执行。但如果行政行为已经开始执行,或者行政主体有可能置法院停止行政行为执行的裁定于不顾,法院完全有必要对行政主体扣押、没收的财产进行财产保全,如查封、扣押、冻结等。但无论如何,原告申请人民法院对被告采取财产保全措施应该是一种极其例外的情形。

对民事财产保全制度的压缩:行政诉讼中的财产保全只限于诉讼中的财产保全,无诉前财产保全。从《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第48条的规定来看,只字没提诉前财产保全的问题。那么,行政诉讼中能否进行诉前财产保全?机械地分析字面意思,我们无法得出结论——没有规定可以诉前财产保全也没有规定不能诉前财产保全。部分学者认为行政诉讼中不能进行诉前财产保全。理由是:第一,第48条没有提及诉前财产保全的问题,因此,行政诉讼中的诉前财产保全没有法律依据;第二,行政诉讼中没有诉前财产保全的必要,而必要性是诉前财产保全的前提。“行政诉讼的被告是国家行政机关或者法律、法规授权的组织,原告不存在来不及起诉,国家行政机关或者法律、法规授权的组织对有关财物转移、隐匿、毁损情况……”^⑥。我也同意行政诉讼中不允许诉前财产保全的结论,但上述理由显得有些牵强。第一,关于诉前财产保全的法律依据——意见第48条没有规定诉前财产保全是否就没有法律依据进行诉前财产保全?不是。如果但单就字面分析,该条并不排除诉前财产保全。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第97条规定,“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。”这与废止的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》表述有明显的区别,该意见的114条规定:“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法的规定外,对本规定没有规定的,可以参照民事诉讼的有关规定。”虽然《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第48条没有规定诉前财产保全,但人民法院仍然可以通过该解释第97条

^④ 我国《国家赔偿法》(1994年5月12日第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过,1995年1月1日起施行)第29条规定:“赔偿费用,列入各级财政预算。具体办法由国务院规定。”

^⑤ 江必新:《中国行政诉讼制度之发展》,金城出版社2001年版,第158页。

^⑥ 陈静波:《论行政诉讼财产保全制度》,载《行政与法》,1997年第3期。

援引民事诉讼诉前财产保全的规定。第二,关于诉前财产保全的必要性。按照《民事诉讼法》第93条的规定,申请诉前财产保全的前提是“情况紧急,不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”。就行政行为的执行来看,行政主体申请人民法院对行政相对人强制执行并不是通过诉讼的程序进行的,因此不存在诉前或者诉中的财产保全之分。因此,行政诉讼被告对原告的诉前财产保全申请问题已经被消解了。那么,原告申请对被告财产保全有无必要?我们没有理由认为“行政机关不可能对财产进行对有关财物转移、隐匿、毁损……”。原告向人民法院起诉,人民法院可以在7日内裁定是否受理。而在7日内,行政机关完全有可能处理扣押或者没收的原告财产。当然,说“行政机关不可能对财产进行对有关财物转移、隐匿、毁损……”蕴涵了对行政主体的高道德值判断——行政主体并不一定比民事主体具有道德上的优越性。

那么,行政诉讼中到底允不允许诉前财产保全呢?如果我们遵照系统的解释方法,就可以得出行政诉讼中不允许诉前财产保全的结论。第一,意见第48条几乎完全照搬了民事诉讼法第92条的规定,为什么对作为财产保全制度一部分的诉前财产保全视而不见?从立法的技术角度看,最高人民法院不可能出现这样低级的错误。第二,意见关于财产保全的规定出现在第六部分,即“审理与裁决”部分,审理与裁决是诉讼进行过程中的行为。因此,尽管意见第48条没有限制性地规定不允许诉前财产保全,但从该条所处的章节来看,没有逻辑地包含诉前财产保全的语义。

当然,可能的学者会指出,行政诉讼中没有规定诉前财产保全不利于保障原告的合法权益。这里涉及的是制度的合理性和正当性,已溢出了本文的讨论范围。

三、诉讼代表人制度

我国《民事诉讼法》用两条的篇幅规定了共同诉讼中的诉讼代表人制度。

第54条 当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。

第55条 诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的,人民法院可以发出公告,说明案件情况和诉讼请求,通知权利人在一定期间向人民法院登记。向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼;推选不出代表人的,人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。

人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定。我国《行政诉讼法》没有规定共同诉讼代表人制度,但《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第14条第3款规定了共同诉讼的代表人制度。

同案原告为5人以上,应当推选1至5名诉讼代表人参加诉讼;在指定期限内未选定的,人民法院可以依职权指定。一般认为,民事诉讼中的诉讼代表人制度是结合了集团诉讼和诉讼代理制度而成的一项制度。自民事诉讼法将这种诉讼形式规定以来,学界有关“完善”或者“不足”的表述就没有停止过。这样一个先天不足的制度如何移植到行政诉讼中呢?移植的限度如何?从民事诉讼中的任意法到行政诉讼中的强行法。我们从最高人民法院关于诉讼代表人制度的表述中可以看出,行政诉讼中的诉讼代表人制度比民事诉讼中的诉讼代表人制度更显示出强行法的色彩。民事诉讼一方当事人众多时,“可以由当事人推选代表人”;而行政诉讼同案原告为5人以上时,“应当推选……诉讼代表人”。

从双向的诉讼代表人制度到单向的诉讼代表人制度。民事诉讼中的诉讼代表人可能是原告推选的,也可能是被告推选的,但行政诉讼中的诉讼代表人却只能是原告推选的。理由是行政诉讼中出现5个以上的被告是极其少见的,因为5个以上的行政机关作出一个具体行政行为不应该是行政行为的常态^⑦。制度安排不可能立足于偶然发生的情形。

^⑦ 五个以上行政机关作出一个具体行政行为的情形只有在所谓“联合执法”中才可能见到。“联合执法”不应该是行政执法经常的情形——声势浩大的运动式执法不仅没有理论上的正当性,实际效果之差也很难为联合执法手段提供正当性证立。

从双种类的诉讼代表人制度到单种类的诉讼代表人制度。民事诉讼中法第 54 条规定的是人数确定的诉讼代表人制度,而第 55 条规定的是人数不确定的诉讼代表人制度。行政诉讼中的诉讼代表人制度是否也包含同样的两种?《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 14 条第 3 款对此语焉不详。人数确定的诉讼代表人制度应该不成问题,问题是行政诉讼中的诉讼代表人制度是否应该包括人数不确定的诉讼代表人制度。行政诉讼只能受理具体行政行为的诉讼,而具体行政行为的一个基本特征就是利害关系人的确定性^⑧。因此,行政诉讼中的诉讼代表人制度只应该包括人数确定的诉讼代表人诉讼制度。

以上三点可能并不复杂,比之复杂的是行政诉讼适用诉讼代表人制度的条件。行政诉讼代表人制度适用的条件中,除了人数的要求外,还有一个重要的条件,那就是“同案”。什么是同案?这个问题在民事诉讼中是容易解决的,应该包含两种:同一个案件或者同种类的案件。其中,同种类的案件指具有相同事实和理由的案件。但行政诉讼中的情形比这复杂。可能的理解有三种:同一个案件,如 6 个人同时盗窃被行政处罚,6 个人提起行政诉讼;同种类的案件,如政府对同一地段若干居民房屋拆迁,5 个以上的居民提起行政诉讼;同一个行政行为引发的案件,如一个化工厂违法排污,使 5 个以上的居民受害,环保局对化工厂进行处罚。化工厂认为处罚太重提起行政诉讼,居民认为处罚太轻也提起行政诉讼。第一种情形和第二种情形显然可以适用诉讼代表人制度,这与民事诉讼的规则没有太大的区别。第三种情形——即利益对立的双方同时对一个行政机关的行政行为不服^⑨,向人民法院提起行政诉讼,利益对立的双方人数超过 5 人,是否可以适用诉讼代表人制度?如果可以,诉讼代表人如何产生?诉讼代表人如何代表当事人利益?

民事诉讼中的诉讼代表人制度是以利益共同为制度前提的。民事诉讼的一方当事人具有共同的利益,诉讼代表人和被代表人之间不存在损益关系,这是保证诉讼代表人不损害被代表人利益的前提。但在利益冲突双方同为原告的行政诉讼中,诉讼代表人显然只能代表利益冲突双方中的一方。因此,在利益冲突双方同为原告的行政诉讼中,如原告人数超过 5 人,理论上应分情况处理^⑩:1. 利益冲突双方中的每一方人数都不到 5 人,但两方相加人数超过 5 人,仍不能适用诉讼代表人制度,双方均亲自参加诉讼;2. 利益冲突双方中的每一方人数都超过 5 人,冲突双方各自产生诉讼代表人,分别代表利益冲突的各方;3. 利益冲突双方中的一方人数超过 5 人,另一方的人数不超过 5 人,超过 5 人的一方产生诉讼代表人,另一方仍亲自参加诉讼。

四、执行中的和解

我国《民事诉讼法》规定了执行和解制度。

第 211 条 在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。一方当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据对方当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。

但我国《行政诉讼法》和《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》都没有规定执行中的和解制度。行政诉讼的执行阶段能否有和解协议存在呢?有没有和解的可能和空间?

单纯说行政诉讼中没有调解,从而否认行政诉讼执行阶段可能存在的执行空间显然过于武断^⑪。行政诉讼中的执行大体上有三种情形:1. 行政诉讼的原告申请对被告强制执行;2. 行政机关申请对行政相对人的强制执行;3. 行政机关具体行政行为确定的权利人申请人民法院对义务人强制执行。

^⑧ 自《行政诉讼法》颁布以来,具体行政行为的定义就聚讼纷纭。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》给具体行政行为进行了定义,但遭到学界和实务界一边倒的批判。之后的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》将这个问题进行了虚化,没有对具体行政行为的定义。但一般认为,具体行政行为的利害关系人是确定的,否则就是抽象行政行为。

^⑨ 最高人民法院的司法解释显然注意到了这种情形,在有关人民法院变更显失公正的行政处罚判决中,人民法院不得加重处罚,但有例外情形。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 55 条规定:“人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚,但利害关系人同为原告的除外。”

^⑩ 之所以说“理论上应分情况处理”,是因为我下文设计的方案没有明确的制度依据。

^⑪ 中国人民大学杨建顺教授认为:由于行政主体由行政自由裁量权,因此,行政诉讼中仍然有和解的空间。当然,这种说法得到的响应不多。

对行政诉讼执行阶段的和解也应分三种情形考察。

1. 行政诉讼的原告和被告达成和解协议, 要求撤回对被告强制执行的申请。原告对被告申请强制执行的情形一般是具有财产给付内容的案件, 因为确认行政行为违法、责令重新作出具体行政行为、撤销行政行为实际上很难具有可以强制执行的内容。我们接下来要问的问题是: 如果原告撤回强制执行申请, 人民法院是否可以终结强制执行? 这个问题和行政诉讼中的撤诉可以联系起来考虑。如果撤诉是原告真实的意思表示, 那么人民法院显然应该同意。但如果原告因为自己相对于被告行政主体的弱势地位, 被迫作出撤回强制执行的申请, 人民法院就应继续强制执行, 并对被告干扰执行的行为进行制裁。

2. 行政机关与被执行人达成和解协议, 申请撤回对被执行人的强制执行申请。理论上, 行政机关申请人民法院强制执行的具体行政行为是经过人民法院审查过的合法行政行为, 不存在行政机关与行政相对人在执行阶段和解的合法性空间。这是从行政实体法的角度分析得出的结论。但并不是行政机关所有不合法或者不适当的具体行政行为都可以由人民法院纠正。可以分解成三种情况考虑: 第一种情况, 行政机关申请撤回强制执行申请, 并没有因此损害其他利害关系人的利益, 或者损害其他利害关系人的利益, 但其他利害关系人没有就行政机关申请撤回强制执行的行政行为起诉, 人民法院应该终止强制执行。行政机关申请撤回强制执行申请, 在行政程序法中称为行政行为的撤回。人民法院对行政行为的司法审查是有限的, 这种司法审查的有限性首先就体现为: 没有利害关系人的起诉, 法院不能主动审查具体行政行为的合法性。第二种情况, 行政机关申请撤回强制执行申请, 被执行人以外的利害关系人认为侵犯了自己的合法权益, 向人民法院起诉, 人民法院应该对行政机关申请撤回强制执行的行政行为进行合法性审查, 然后裁决是否允许。第三种情况, 行政机关申请撤回强制执行申请, 法院裁定允许。但之后行政机关又申请对同一具体行政行为强制执行。人民法院经过审查, 认为没有超过申请强制执行的法定期限, 且符合法定的强制执行条件的, 仍然应该强制执行。因为行政机关撤回强制执行申请并不意味着行政机关自行撤销了原具体行政行为。行政行为的执行力是行政行为法律效力的题中致义。

3. 行政机关具体行政行为确定的权利人与义务人达成和解协议, 权利人申请撤回对义务人的强制执行申请。行政机关具体行政行为确定的权利人申请人民法院对义务人强制执行的案件中, 权利人和义务人和解, 和民事诉讼强制执行中的和解没有区别。是私权利主体对自己权利的处分。人民法院应该允许。